

# TE OGH 1991/12/3 4Ob123/91

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.12.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Harald Georg U\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Michael Gabler und Dr.Erich Gibel, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Ernst Pallauf, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 490.000), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 6. September 1991, GZ 6 R 192/91-16, womit der Beschuß des Landesgerichtes Salzburg vom 18.Juni 1991, GZ 14 Cg 113/91-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß wird dahin abgeändert, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird. Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Beide Parteien erzeugen und vertreiben Speisen- und Getränkekarten. Die Klägerin hat sich seit etwa sechs Jahren auf Karten mit Einschubsystem in verschiedenen Größen und Farben sowie mit unterschiedlichster, wenn auch persönlicher, Gestaltung des Aufdrucks spezialisiert. Seit 1988 vertreibt sie diese Karten unter der Bezeichnung "Cartes Classiques" oder "Card Classic". Unter anderem stellt sie seit 1987 eine Mappe im Ausmaß von 24 x 33 cm auf weinrotem cellophaniertem Karton mit Leinenstruktur her. Diese Mappe hat außer dem Umschlag drei Blätter, so daß sich insgesamt acht "Fenster" als Einschubmöglichkeiten für aktuelle Speisen- und Getränkekarten ergeben. Die Deckblätter weisen jeweils zwei goldfarbene, metallene Eckenschoner auf. Die Klägerin hat in ihrem Programm auch eine Mappe aus cremefarbenem cellophaniertem Karton mit Leinenstruktur. Diese Mappe ist gleichfalls rund 24 x 33 cm groß; sie hat kein Mittelblatt, so daß sich nur zwei Einschubmöglichkeiten ergeben. Auch diese Mappe ist mit vier goldfarbenen Eckenschonern ausgestattet. Auf dem hinteren Deckblatt sowohl der weinroten als auch der cremefarbenen Mappe befindet sich die Aufschrift "CARTE CLASSIQUE - HARALD GEORG U\*\*\*\*\*, 02265/350".

Die Klägerin verkauft ihre Karten mit Einschubsystem mehr als 900 Kunden in Österreich; außerdem liefert sie nach Deutschland, Frankreich und in die Schweiz. Derzeit vertreibt sie monatlich rund 15.000 Stück ihrer "Cartes Classiques". Das Unternehmen der Klägerin hat in Österreich einen Namen und ist in den einschlägigen Kreisen

bekannt.

Die Beklagte brachte etwa 1989 eine Mappe mit Einschubsystem im Format 23,5 x 32,5 cm heraus. Auch diese Mappe ist aus cellophaniertem weinrotem Karton mit Leinenstruktur gefertigt und hat wie die weinrote Karte der Klägerin drei Mittelblätter und damit gleichfalls acht Einschubmöglichkeiten sowie goldfarbene Eckenschoner. Der Farnton unterscheidet sich geringfügig von jenem der Mappe der Klägerin. Die Form der acht Passepartouts ist nahezu identisch mit jenen in der Mappe der Klägerin; ein Unterschied besteht nur darin, daß der untere Rand der Passepartouts - was jedoch mit freiem Auge kaum erkennbar ist - leicht v-förmig ausgeschnitten ist, um ein leichteres Einschieben der Speisenkarten zu ermöglichen. Die Passepartouts sind - wie bei der Karte der Klägerin - mit einem weißen Karton unterlegt, wobei - anders als bei der Klägerin - dieser Karton beim ersten und beim letzten Fenster mit dem Deckblatt verklebt ist. Das hintere Deckblatt ist völlig unbeschriftet. Eine Mappe im Ausmaß von 23,5 x 32,5 cm stellt die Beklagte auch aus cremefarbenem cellophaniertem Karton mit Leinenstruktur her. Die Leinenstruktur ist hier etwas weniger plastisch als bei der Mappe der Klägerin. Diese Mappe der Beklagten besteht ebenfalls nur aus den Deckblättern und hat somit nur zwei "Fenster"; auch sie ist mit vier goldfarbenen Eckenschonern ausgestattet; die Passepartouts gleichen denen der Mappe der Klägerin mit dem Unterschied, daß die unteren Ränder - mit freiem Auge kaum erkennbar - leicht v-förmig ausgeschnitten und die unterlegten weißen Kartons mit den Deckblättern verklebt sind. Auf dem hinteren Deckblatt ist unten in kleinen Blockbuchstaben "R\*\*\*\*\* + SOHN. 06274/7331" eingestanzt.

Die Beklagte hatte schon vor 1985 Speisenkartenmappen mit Einschubsystem vertrieben, welche jedoch mit den eben beschriebenen Mappen nicht vergleichbar waren. Dabei handelte es sich einerseits um Ledermappen mit Mittelblättern aus Plastikfolien, in welche die aktuellen Speisekarten eingeschoben werden konnten; andererseits bezog die Beklagte ab 1981 aus England Speisenkarten mit Einschubsystem, welche jedoch ausschließlich aus einem Umschlag bestanden, auf dessen Innenseite zwei Fenster waren. Als die Beklagte mit der Erzeugung von Mappen nach Art der beschriebenen weinroten und cremefarbenen begann, war die Klägerin mit ihren Produkten längst auf dem Markt; die Beklagte hatte die Mappen der Klägerin gekannt. Im März 1988 hatte die Beklagte die Klägerin um die Übersendung von Unterlagen ihrer Erzeugnisse ersucht und - vergeblich - eine Zusammenarbeit mit der Klägerin angestrebt.

Die Beklagte stand einige Jahre mit dem Schweizer Herbert A\*\*\*\*\* in Geschäftsverbindung und belieferte ihn mit vierfarbig bedruckten Speisekarten. Im Jahr 1988 ersuchte Herbert A\*\*\*\*\* Roland R\*\*\*\*\* den Geschäftsführer der Beklagten, etwas elegantere, modernere und feinere Karten herzustellen, weil die bisher gelieferte Ware nicht besonders gut verkäuflich sei. Roland R\*\*\*\*\* erwiderte darauf, daß er von einem österreichischen Unternehmen gehört habe, welches Speisekarten in einem neuen System erzeuge, und daß er selbst Ähnliches produzieren wolle. In der Folge übermittelte die Beklagte ihrem Geschäftspartner Herbert A\*\*\*\*\* eine Musterkarte der Klägerin samt Prospekt mit dem Bemerkung, daß die Beklagte bei Bedarf versuchen werde, etwas Ähnliches zu erzeugen. Herbert A\*\*\*\*\* setzte sich dann unmittelbar mit der Klägerin in Verbindung und vertreibt seither die Mappen der Klägerin in der Schweiz.

Auch Ende 1989 oder Anfang 1990 versuchte die Beklagte mit der Klägerin in Geschäftsbeziehung zu treten; eine solche kam aber nicht zustande.

Die Art der Herstellung der Mappen aus cellophaniertem Karton ist bei den Streitteilen unterschiedlich, da in einem Fall der glatte Karton cellophaniert und die Cellophanierung kalandriert wird, während im anderen Fall bereits die Cellophanierung eine Leinenstruktur aufweist. Seit Ende des Jahres 1990 cellophaniert die Beklagte den Einschubrahmen der Mappen beiderseits, weil das Passepartout dadurch reißfester ist.

Die Beklagte hat österreichweit über 8.000 Kunden. Wieviele davon Speisekarten mit Einschubsystem aus cellophaniertem Karton bestellen und welche Stückzahl solcher Speisekarten die Beklagte umsetzt, steht nicht fest.

Mit der Behauptung, daß die Beklagte die von der Klägerin, welche im Bereich der Produktion und des Vertriebes von Speisenkarten (Getränkekarten) in Österreich marktführend sei, entwickelten und produzierten Speisen- und Getränkekarten bis in kleinste Detail sklavisch nachahme, um die Gefahr von Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin herbeizuführen, obwohl es ihr zweifellos möglich gewesen wäre, ihren Speisenkarten eine andere Gestaltungsform zu geben, begeht die Klägerin zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der

Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, Speisen- oder Getränkekarten herzustellen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen oder zu verkaufen, welche den von der Klägerin erstellten und unter der Bezeichnung "Cartes Classiques" oder "Card Classic" vertriebenen Speisenkarten (Getränkekarten) verwechselbar nachgemacht sind.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Dem Produkt der Klägerin fehle die wettbewerbliche Eigenart. Die Speisen- und Getränkekartenmappen der Beklagten wiesen zahlreiche Unterschiede zu den Erzeugnissen der Klägerin auf. Die Klägerin könne für sich weder Verkehrsgeltung noch Verkehrsbekanntheit ihres Produktes geltend machen.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung und ergänzte den Spruch gegenüber dem Antrag der Klägerin um den Zusatz:

"insbesondere Produkte mit der vorhin beschriebenen Beschaffenheit, die aus cellophaniertem weinrottem oder cremefarbenem Karton in Leinenstruktur gefertigt, entweder kein Mittelblatt oder drei Mittelblätter haben, mit je zwei goldfarbenen Eckenschönen an den Deckblättern versehen sind und eine Größe von rund 24 x 33 cm haben." Es stellte zusätzlich fest, welche Aufdrucke die von der Klägerin vorgelegten Mappen der Streitteile (Beilagen A, B, L und M) aufwiesen. Rechtlich meinte es, die Mappen der Streitteile seien einander verwechselbar ähnlich. Der einzige augenscheinliche Unterschied bestehe im Aufdruck, welcher aber jeweils individuell für den Auftraggeber gestaltet worden sei und dem daher keine Unterscheidungskraft zukomme. Die geringfügigen Unterschiede im Farnton, in der Leinenstruktur und in der Ausstattung des Einschubrahmens fielen nicht ins Gewicht; entscheidend sei nur der Gesamteindruck. Daß die Beklagte die Mappen der Klägerin sklavisch nachgeahmt habe, sei schon deshalb unzweifelhaft, weil die Klägerin damit vor der Beklagten auf dem Markt gewesen sei und die Beklagte das Produkt der Klägerin auch gekannt habe. Bei der Unzahl von Gestaltungsmöglichkeiten hätte die Beklagte einen ausreichenden Abstand zu den Mappen der Klägerin einhalten können.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes § 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die wettbewerbliche Eigenart der von der Klägerin erzeugten Speisen- und Getränkekarten sei von vornherein nur gering. Die einzelnen Merkmale der Karte seien für sich allein überhaupt nicht schutzwürdig, nur das vollständige Nachahmen sämtlicher Kennzeichen und insbesondere auch eines speziellen Aufdrucks oder einer Prägung verstöße gegen die guten Sitten. Sogenannte "schwache" Zeichen mit nur geringer Kennzeichnungskraft könnten aber auch nur einen eingeschränkten Schutz in Anspruch nehmen; in einem solchen Fall könnten schon geringe Abweichungen die Gefahr von Verwechslungen beseitigen. Bereits die anders gestaltete Oberflächenstruktur des (weinroten) Kartons der Beklagten Beilage B, insbesondere aber die Unterschiede in den jeweiligen Aufdrucken bzw Prägungen, begründeten schon einen ausreichenden Abstand zu dem Produkt der Klägerin, so daß der Beklagten eine vermeidbare Herkunftstäuschung nicht vorzuwerfen sei.

Gegen diesen Beschuß wendet sich der Revisionsrekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die Beklagte beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Nachahmen eines fremden Produktes, das keinen Sonderschutz - etwa nach dem Markenschutzgesetz, dem Urheberrechtsgesetz oder als Unternehmenskennzeichen - genießt, ist an sich nicht wettbewerbswidrig; ein Verstoß gegen § 1 UWG ist nur dann anzunehmen, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Handlung ergibt. Das trifft insbesondere dort zu, wo der Nachahmende das Vorbild nicht nur als Anregung zu eigenem Schaffen benutzt, sondern seinem Produkt ohne ausreichenden Grund die Gestaltungsform eines fremden Erzeugnisses gibt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorruft. Der Nachahmer muß von dem nachgeahmten Erzeugnis im Rahmen des Möglichen - vor allem dann, wenn ihm eine große Anzahl anderer Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung steht - angemessenen Abstand halten. Sittenwidrige Nachahmung setzt also nicht in jedem Fall eine - bis an die Grenzen unmittelbarer Leistungsübernahme reichende - Nachahmung in allen Einzelheiten (also eine sogenannte "sklavische Nachahmung") voraus: Weder ist jede sklavische Nachahmung von vornherein unzulässig, noch bedarf es einer sklavischen Nachahmung, um einen Verstoß gegen § 1 UWG annehmen zu

können. Entscheidend ist vielmehr, daß eine bewußte Nachahmung vorliegt, daß damit die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt wird und daß schließlich eine andersartige Gestaltung zumutbar gewesen wäre (ÖBI 1986, 43; ÖBI 1987, 156; ÖBI 1988, 10 und 41; ÖBI 1989, 39 je mwN). Wer ein fremdes Erzeugnis unter Übernahme von Merkmalen, mit denen der Verkehr eine Herkunftsverstellung verbindet, nachahmt und sein Produkt in den Verkehr bringt, handelt somit wettbewerbswidrig, wenn er nicht im Rahmen des Zumutbaren alles Notwendige getan hat, um eine Irreführung des Verkehrs nach Möglichkeit auszuschließen (ÖBI 1988, 10 und 41 uva). Eine solche Irreführung ist insbesondere dann zu befürchten, wenn der Gegenstand der Nachahmung auf Grund seiner wettbewerblichen, zur Auslösung von Herkunftsverstellungen geeigneten Eigenart im Verkehr so bekannt geworden ist, daß sich beim Auftreten von Nachahmungen Verwechslungen über die betriebliche Herkunft ergeben können (ÖBI 1984, 95; ÖBI 1988, 10 und 41, je mwN). "Wettbewerblich eigenartig" ist ein Erzeugnis dann, wenn es bestimmte Merkmale oder Gestaltungsformen aufweist, die dem Geschäftsverkehr seine Unterscheidung von gleichartigen Erzeugnissen anderer Herkunft ermöglichen. Das Produkt muß darüber hinaus bereits in Verkehr gesetzt und auf diese Weise dem Publikum bekanntgeworden sein, ohne daß aber Verkehrsgeltung im Sinne des § 9 Abs 3 UWG erforderlich wäre; die notwendige "Verkehrsbekanntheit" ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn das Publikum das Erzeugnis (noch) nicht einem bestimmten Unternehmen zuordnet (ÖBI 1989, 39 mwN). Die Sittenwidrigkeit der sklavischen Nachahmung liegt eben gerade darin, daß der Nachahmende ein im Verkehr bekanntes Produkt - mag es vom Publikum auch keinem bestimmten Erzeuger zugeordnet werden - auf eine solche Weise nachmacht, daß der Kaufinteressent annehmen kann, es handle sich bei diesem neuen Produkt um das ihm bereits bekannte, seinen besonderen Wünschen und Vorstellungen entsprechende Erzeugnis (ÖBI 1986, 43; ÖBI 1989, 39 mwN).

Der Klägerin ist darin zuzustimmen, daß der Beklagten hier sehr wohl eine solche "vermeidbare Herkunftstäuschung" (Schönherr in ÖBI 1980, 70; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht16, 541 ff Rz 450 ff zu § 1 dUWG) zur Last fällt:

Daß die Beklagte die Mappen der Klägerin gekannt hat, steht fest. Ob sie sich Muster dieser Mappen zu dem Zweck zusenden ließ, sie leichter nachahmen zu können, ist rechtlich ohne Bedeutung. Daß sie aber die Mappen der Klägerin wie Beilage A (weinrot) und L (cremefarben) bei der Herstellung ihrer Mappen Beilagen B und M vor Augen hatte und daher bewußt nachgemacht hat, kann angesichts der fast völligen Übereinstimmung beider Produkte keinem Zweifel unterliegen.

Den Speisen- und Getränkekarten der Klägerin kann entgegen der Meinung der Beklagten auch die wettbewerbliche Eigenart nicht abgesprochen werden; ihre durchaus charakteristische und ins Auge fallende Gestaltung unterscheidet sie von anderen, sonst üblichen Mappen dieser Art. Im Hinblick auf die als erwiesen angenommene Bekanntheit der Klägerin in dem hier in Frage kommenden Publikum von Restaurateuren, Hoteliers usgl. unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die mehrfach erwähnten Mappen von einem nicht unbeträchtlichen Teil der beteiligten Verkehrskreise der Klägerin zugeordnet werden; die Verkehrsbekanntheit dieses Produktes liegt angesichts der festgestellten Absatzzahlen auf der Hand.

Die Gefahr von Verwechslungen der nun von der Beklagten erzeugten Mappen wie Beilagen B und M mit denen der Klägerin (Beilage A und L) wird auch durch die

festgestellten - geringfügigen - Abweichungen nicht beseitigt. Bei der Beurteilung dieser Gefahr ist nämlich auf den Gesamteindruck abzustellen und auch zu berücksichtigen, daß der Durchschnittskäufer Vorbild und Nachahmung fast nie gleichzeitig sieht, sondern in der Regel ein Wahrnehmungsbild mit einem Erinnerungsbild vergleicht, wobei an die Aufmerksamkeit und Urteilsfähigkeit des Publikums in der Eile des Geschäftsverkehrs regelmäßig nur geringe Anforderungen gestellt werden können (ÖBI 1975, 110; ÖBI 1980, 68; ÖBI 1981, 154 ua). Daß hier als Käufer nur Unternehmer in Frage kommen, läßt eine andere Beurteilung nicht zu, kann doch auch von einem Restaurantbesitzer nicht erwartet werden, daß er jedes Detail der von ihm einmal wahrgenommenen und als zweckmäßig empfundenden Mappe für Speisenkarten fotografisch getreu im Gedächtnis behält.

Entgegen der Meinung der Beklagten kann auch keine Rede davon sein, daß ihr eine andersartige Gestaltung deshalb nicht zumutbar gewesen wäre, weil jede Einzelheit der Mappe technisch bedingt sei. Ganz abgesehen von den durchaus anders gestalteten Speisenkarten anderer Unternehmer (vgl Beilagen N, O, P), trifft es auch nicht zu, daß Mappen, die höheren Anforderungen entsprechen sollen, Umschlagdeckel mit Leinenstruktur, Rundungen des Passepartouts und gerade goldene Eckenschoner in einer bestimmten Größe aufweisen müßten; auch in diesem Bereich gibt es eine Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten.

Wie schon das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, ist aus der unterschiedlichen Gestaltung der Aufdrucke auf den von der Klägerin vorgelegten Mustermappen nichts zu gewinnen, weil Aufdruck und Prägung - wie die Beklagte selbst zugestehrt (S. 207) - erst auf Wunsch der Käufer gemacht werden; für den Vergleich maßgebend sind aber nur die noch unbedruckten Mappen.

Aus diesen Erwägungen war dem Revisionsrekurs Folge zu geben und die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Der Ausspruch über die Rechtsmittelkosten der Klägerin gründet sich auf § 393 Abs 1 EO, jener über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 40, 50, 52 ZPO.

**Anmerkung**

E27748

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0040OB00123.91.1203.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19911203\_OGH0002\_0040OB00123\_9100000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)